DISSERTATIO IVRIDICA

DE

FIDEICOMMISSO NVTV RELICTO

QVAM

MAGNIFICI ICTORVM ORDINIS

IN ACADEMIA LIPSIENSI

CONSENSV

PRAESIDE

DN. ABRAHAMO KAESTNERO

IVRIVM DOCTORE ET PRACTICO

IN

AVDITORIO ICTORVM PETRINO

ERVDITORVM EXAMINI

SVBMITTIT

ADAMVS Christlieb Schön



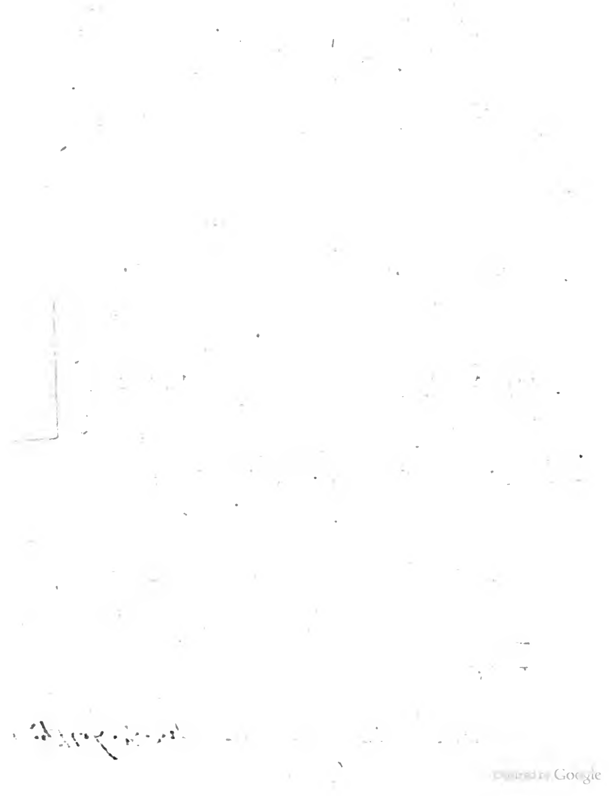
GORLIC. LVSAT.

AVCTOR RESPONDENS.

DIE XIV. IVNII, ANNO MDCCXXXVII.

LIPSIAE

LITERIS RICHTERIANIS.





DISSERTATIO IVRIDICA
DE
FIDEICOMMISSO
NVTV RELICTO.

§. I.

Ltimarum voluntatum fauorem semper maximum fuisse, nemo facile infìcias ibit, imo pro lege elogium vltimum habetur, *v. l. 5. testam. quemadm. aper. l. 1. si quis omiss. caus. testam. L. 28. C. de Episc. & Cler.* modo non sit contra legem, *v. l nemo, 55. de Leg. 1.* Egregia hac de re est constitutio CONSTANTINI *in l. 1. C. de SS. Eccl.* dum scribit: *nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam vt supremae voluntatis, postquam iam alind velle non possunt, liber sit stilus, & liberum, quod iterum non redit, arbitrium i. l. 5. C. de necess. seru. haered. inst.* Tantum itaque abest, vt calculum addamus B. ARGENTRAEO *in Comment. consuetud. Britannic. ad rubr. Tit. 22.* adserenti: *rem conscientiae periculosam, & iustitiae regulis aduersam esse, ordinare de bonis testa-*

Fauor vltimarum voluntatum est maximus.

Notatur Argentraeus.

menta suis; quin potius in ea sumus opinione, ne *iure* quidem *naturali* tanta necessitate parentum fortunas deberi liberis, vt salua hisce alimentaria portione, aliis hic quicquam vltimo voluntatis elogio elargiri Genitoribus non sit integrum. *v. Grot. de I. B. & P. Lib. II. c. 7. § 4.* PVFFEND. *de I. N. & G. Lib. 4. c. 11. §. 7. &* STRYCK. *de Succ. ab intest. Disp. 1. c. 1. §. 8.* nemo propterea conscientiis inuito iure laqueos iniicere necesse habet, si de certo haerede sibi prospicere velit; interest enim defunctorum, vt habeant successores, interest & viuentium, ne praecipitentur quam diu iuste deliberant, *iuxta Leg. 6. pr. de interrog. in iur. fac.*

§. II.

Variis modis aliquid ex alterius testamento acquiritur.

Capit autem aliquis ex alterius vltima voluntate vel integram haereditatem *titulo institutionis, substitutionis &c.* vel rem singularem, *titulo legati &c.* idque vt plurimum per solenne testamentum, *siue* sit scriptum, *siue* nuncupatiuum. Aliquando vero etiam *vel* tota haereditas, *vel* certa illius portio, *vel* res singularis per fideicommissum alicui relinquitur, de quo acquirendi modo in specie quaedam delibare, animum induximus.

Hic in specie de fideicommisso agitur.

§. III.

Describitur Fideicommissum.

Describitur fideicommissum, quod sit vltima voluntas, qua *vel* tota haereditas, *vel* pars eius per intermediam personam, verbis precariis relinquitur, mediante restitutione. *v. L. 46. ad SCtum Trebell § 8. Instit. de fideicommiss. haeredit.* Tres igitur circa fideicommissum intercedunt personae: *Prima* vocatur fideicommittens,

mittens, qui relinquit: *Secunda*, fideicommissarius, cui restituitur: & *Tertia*, fiduciarius, qui restituere iubetur. Relinquitur autem fideicommissum *partim* ab intestato, *partim* in testamento solenni, *quando haeredi scripto iniungitur, partim* in codicillis, *v. §. 2. & 10. Inst. c. l.* In his enim fideicommissum vniuersale non minus ac particulare recte constituitur. *v.* BEYER. *ad ff. Tit. de iure codicill.* vbi simul adducit, quod haeres fideicommissarius ab haerede directo post SCtum Trebellianum in effectu non differat. *Conf.* STEPHAN. *ad π. tit. ad SCtum Trebell. §. 2. & lit. i. ibid. p. m. 620.*

Circa hoc tres intercedunt personae. Relinquitur partim ab intestato, partim in testamento solenni, partim in codicillis.

§. IV.

Infinitae vero sunt inter Doctores de Fideicommissis controuersiae, de quibus tot eorum testantur scripta; Nos, pro instituti ratione, de casu: *quatenus fideicommissum nutu relinqui atque peti cum effectu possit?* tantum soliciti erimus, cum etiam hic haud raro lis oriatur.

Infinitae circa Fideicommissa sunt lites. Hic in specie de fideicomm. nutu relicto agendum.

§. V.

Quod etymologiam *nutus* attinet, deriuationem debet suam verbo *nuere*, quo nihil aliud exprimitur, quam capitis potissimum *germanice* nicken, aut oculorum *germ.* wincken, aut manuum motu, *germ.* weisen, vel gestu voluntatem suam ostendere, *vel* affirmando aliquid *vel* negando. Hinc CICERO: *nutus tuus potest hominem retinere*, ID. ad famil. *XI. 12.* vnius hominis nutum intueri: & PLIN. *Ep. I. 7. nutum dicit: cum quis annuit, renutum, cum recusat, namque ego*, inquit,

Nutus etymologia:

quit, *simili nutu ac renutu respondere voto tuo possum:* Vnde Prouerbium: *nutu ac renutu.* Frequentatiuum eius est *nutare,* i. e. saepe capite huiusmodi signum facere. Distinguit inter *nutare, nuere* & *nictare* NONIVS, *nutare,* inquit, *capitis est,* inclinando, vel in gyrum mouendo: *nuere narium vel labiorum: nictare oculorum, aperiendo eos aut claudendo vel vtrumque vel alterum.* Ab aliis tamen haec vocabula promiscue sumuntur, *vid.* PLAVTVS *in* ASINARIA. *act. 4. Scen. 1. v. 39.*

Nonius distinguit inter nutare, nuere, & nictare.

Alii his vocibus promiscue vtuntur.

§. VI.

Nutu etiam negotia inter viuos contrahuntur.

Patet ex dictis nutum etiam in quibusdam negotiis inter viuos, quo alter alteri valide obligatur, sufficere, in cuius rei testem adducimus GROTIVM *de I. B. & P. c. 11. § 11.* qui, dum modos valide promittendi describere vult, dicit: *modum promittendi quod attinet, is, vt de dominii translatione diximus, requirit actum externum,* i. e. *signum sufficiens voluntatis, quale interdum esse potest* NB. nutus, *frequentius tamen vox aut literae.*

§. VII.

Non tamen indistincte omnia. sic nutu nemo potest postulare, nec nutu iudicis officio quis fungi potest.

Diximus §. *praec.* quod *in quibusdam negotiis inter viuos nutus* sufficiat, de omnibus enim indistincte hoc adserere non audemus, sic *v. g.* nutu neminem postulare posse credimus, quapropter mutus ab hoc munere excluditur, non tam quod cum lex, quam natura ab hoc officio excludat. Parili modo *nutu* neminem iudicis officio fungi posse, persuasum nobis habemus, *a. L. 1. & 2. C. de sent. ex pericl. recitand.* Alias autem infinita

finita fere negotia *nutu* valide celebrantur, *v. g.* ſponſalia & nuptiæ, omnes contractus conſenſuales, ſeruitutum conſtitutio, receptio in nauem, cauponam & ſtabulum, dotis conſtitutio &c. Sed haec omnia peculiarem tractationem merentur, & propterea ſaltem a nobis ſunt adducta, quo eo facilius cum Imperatore IVSTINIANO *a. §. vn. Inſt. de lege Fuſia Caninia tollenda*; a negotiis inter viuos ad vltimas voluntates concludere poſſimus. An vero ſemper procedat haec argumentandi ratio, forſan in conflictu videbimus.

Bene autem nutu contrahuntur ſponſalia, nuptiae, &c. Argumentum à contractu inter viuos ad vltimas voluntates.

§. VIII.

Haeredis inſtitutionem eſſe caput & fundamentum totius teſtamenti, *ex* §. *34. Inſt. de leg.* patet. Quaeſtio (*quam* CYNVS *in l. 29. C. de teſtam.* Sabbatinam, MENOCH. vero *Tom. I. Lib. IV. c. 8. n. 1. de praeſumt.* grauem ac controuerſam, appellant,) igitur primo loco occurrit: *Vtrum haeredis inſtitutio nutu fieri poſſit?* Multi hanc ſimpliciter negant, quia hic manifeſta mentis declaratio requiritur *vel* voce *vel* literis, *per l. 29. C. de teſtam.* ibi: *quod ſi non fuerit obſeruatum, & nomen haeredis vel haeredum non fuerit* manu teſtatoris ſcriptum, *vel* voce *coram teſtibus nuncupatum, hoc teſtamentum ſtare minime patimur &c.* Et in verbis praecedentibus dictae legis: *Si talis eſt teſtator, qui neque ſcribere, neque articulate loqui poteſt: mortuo ſimilis eſt, & falſitas in elogiis committitur,* hinc IVLIVS CLARVS *in libr. receptar. ſentent. §. teſtamentum, qu. 39. n. 8* putat, ad deciſionem huius quaeſtionis caeſarea interpretatione eſſe opus. Pro negatiua vlterius dicunt: Nutu non declarari voluntatem, niſi coniecturali & praeſumto quodam modo,

Haeredis inſtitutio eſt caput Teſtamenti.

An haeres nutu inſtitui posſit? Multi negant. Horum ratio.

modo, per coniecturam autem haeres institui nequit, *v. l. vn. π. si tabulae testamenti extab.* ad haeredis quippe institutionem lex requirit certitudinem, non coniecturam vel praesumtionem, quia agitur de maximo praeiudicio venientium ab intestato, *a. l. vlt. C. qui testam. fac. poss.* quam ob caussam negatiuam etiam amplexa est sententiam F. I. V. *Mens. Nouembr. 1720.* referente *de* WERNHER. *P. VII. Obs. 32. p. 85. seq.*

§. IX.

Alii distinguunt duos casus. Adducitur primus.

Alii quaestionem in totum non negant, sed distinguendo incedunt. Formant *scil.* statum controuersiae duplici modo; PRIMO: si testator aduocato vel notario mandauit, vt vltimam suam voluntatem conciperet, & in formam debitam redigat; Is vero, nimirum Notarius, scripto eam comprehensam, coram testibus ad hunc actum conuocatis, recitet, atque testatorem interroget: *an haec fuerit eius voluntas & sit?* testator autem, forsan graui morbo adfectus, *nutu* declaret voluntatem, *annuendo* hoc casu ei quod ipsi fuit praelectum, & de quo interrogatus fuit, *valere haeredis institutionem* nutu *confirmatam*, plerique aiunt, non quidem *per legem cit. 29. C. de testam.* vi cuius testator articulate respondere tenetur, sed moti *l. 8. §. at cum humana fragilitas, C. qui testam. fac. poss.* cui opinioni etiam, vti nobis videtur, recte adsentit BRVNNEM. *ad c. l. 29. n. 11.* SECVNDO: an valeat haeredis institutio: *Si nulla praecessit commissio vel mandatum, aut voluntas testatoris?* vbi iterum quidam indistincte adfirmatiue respondent, *v.* ALCIAT. *Cons. 77.* Alii vero negatiuam amplectuntur se fundantes in *d. l. 8.* vbi praerequiritur, *vt praecesserit commissio*

Proponitur secundus.

missio & voluntas testatoris, cui accedit WESENB. *Tr. de testam. & qui testam. fac. n. 8.* Nos fatemur, quaestionem non sine fundamento in vtramque partem disputari posse, si rationes, *cur olim haeredis nomen ab ipso testatore scribi, aut voce nuncupari debebat*, inuestigare velis. *v.* MENOCH. *de praesumt. Tom. I. Lib. IV. praesumt. 8. n. 8. seqq.* Quidam vt hunc nodum Gordium soluant, distinguunt inter *interrogationem blandam & monitoriam nudam*, & inter eam, quae cum dolo, metu aut importunitate coniuncta est. Illam non putant prohibitam, *a. l. 1. 2. & vlt. ff. C. si quis aliq. testar. prohib.* bene vero hanc, *a. l. 52. in f. pr. de haered. inst. conf.* TVSCH. *Pract. Concl. Lit. T. concl. 124.* CARPZ. *P. III. C. 5. D. 4. & 5.* Plures hac de controuersia rationes & Doctores tam pro affirmatiua quam negatiua, exhibet DAVTH. *de testam. n. 234. p. m. 277. seqq.*

§. X.

Possemus alia testamenta, in quibus haeres *nutu* institui potest valide, adducere *v. g.* Testamentum *ad pias causas*, quod absolute plerique DD. *nutu* fieri posse, intuitu religionis & fauore pietatis statuunt, *per Gloss. in c. 13. X. de testam.* quam singularem & communem vocat BALD. *in l. 1. C. de S. S. Eccl. conf.* TIRAQVELL. *de priuil. piae caus. priu. 8.* Referri huc etiam posset testamentum militis, cuius vltimum elogium, si in acie constitutus sit, quocunque modo, sine omni solennitate pro valido habetur, vt *nutus* hic nullo modo excludi queat. Sed linquimus haec cum aliis, & in specie transimus ad fideicommissum, quatenus *nutu* relinqui potest.

Testamentum ad pias causas nutu subsistit.

Vt & testamentum militis.

Transgressio ad Fideicommissum.

 §. XI.

§. XI.

Hoc solo nutu relinqui potest.

Fideicommissum *nutu* solo relictum, validum esse, vix aliquis dubitare poterit, ob expressam dispositionem *l. 21 ff. de Leg. III.* & per *legem 22. C. de Fideicom.* Et, quod pertinet ad rem ipsam, omnes, fideicommissum (*hodie etiam legatum*) *nutu* relictum, validum esse fatentur.

Saltem quoad modum relinquendi non conueniunt. Quidam requirunt praecedentem testatoris voluntatem & iussionem per l. 39. §. 1. de leg. 3.

Circa modum relinquendi autem non conueniunt. Statuunt enim haud pauci, *vt praecesserit seria voluntas ac iussio testatoris in eo qui nutu relinquit fideicommissum,* per *l. 39. §. 1 de leg. 3.* & ex casu hac in lege recensito, colligunt: *Si ad fideicommissum ad interrogationem alterius verbo μάλιστα relictum, requiritur ad minimum, vt testator praedixerit, se ita dispositurum conuocatis amicis aut testibus, multo magis hoc necessarium erit in fideicommisso* nutu *relicto v.* MOLINAEVS *in l. 1. §. 2. n. 26. seqq. de V. O* & CVIACIVS *L. IX. Obs. c. 37.* quam opinionem vlterius probare satagunt *per d. l. 21. de leg. 3.* vbi capacitas loquendi, nulla alia de causa desiderari videtur, quam vt ex verbis praecedentibus & sequentibus facilius certa & non dubia voluntas colligatur.

§. XII.

Dicta lex tamen casum specialem continet hinc ab illa receditur.

Verum enim vero si rem penitius considerare velimus, casus, qui *cit. loco* recensetur, plane singularis & specialis esse videtur, vt propterea exinde argumentum firmum desumi nequeat, cum decisionem quaestionis non contineat, id quod non obscure ex ipsis verbis finalibus *dicti casus* adparet: *super hoc dubitandum non esse, quin fideicommissum valeat:* quae satis innuunt validum esse legatum vel fideicommissum, licet omnia, quae in

casu

casu ibidem relato referuntur, accurate non sint obseruata. Et haec opinio *scil.* nec *iussionem* nec *testium rogationem &c.* praecise hic requiri, manifesta redditur per *l. 22. C. de fideicommiss.* quae est huius tenoris: *& in epistola, vel libello, vel sine scriptura*, imo etiam nutu, *fideicommissum relinqui posse*, adhibitis testibus, *nulla dubitatio est:* hic saltem testes requiruntur, vtrum vero fortuito sint praesentes, vel rogati adesse debeant, lex nil disponit; accedit in genere ad fideicommissum relinquendum rogationem testium necessariam non esse, vt itaque qui hanc praecise adserere velit, sine lege loqui videatur, & propterea ipsi erubescendum. *v. Nou. 18. c. 5.* ob leg. 22. C. de fideicommiss.

§. XIII.

Obiiciunt porro *legem 10. C. qui testam. fac. poss.* vbi de surdo & muto disponitur, quod *neque testamentum facere, neque codicillos*, neque fideicommissum relinquere, *neque mortis causa donationem celebrare possit;* ex quibus verbis *legem 21. de leg. 3.* sublatam esse, & fideicommissum, ab eo, qui eloqui nequit, relinqui non posse concludunt; cui sententiae etiam adstipulari videtur DAVTH. *de testam. §. 194.* putans, quod non *quiuis nutus* ad fideicommissum relinquendum sufficiens sit, sed requiratur in annuente, vt loqui possit. Sed respondetur: in ipsa lege *21. cit.* ab initio quidem dicitur: *Nutu etiam relinquitur fideicommissum, dummodo is nutu relinquat*, qui & loqui *potest*. Sed NB. statim & immediate additur limitatio: *nisi superueniens morbus ei impedimento sit*, quod vtique in illo qui casu mutus est, Obiicitur l. 10. C. qui testam. fac. poss. Saluatur lectio l. 21. de leg. 3.

 ita

Receditur a Cuiacio & Dauthii interpretatione.

ita se habet. Vt propterea opus non sit statuere cum CVIACIO *ad l. 6. §. fin. qui testam. fac. poss.* haec verba: *nisi superueniens morbus ei impedimento sit*, suppositicia esse, & *Tribonianismum* redolere, nec cum DAVTH. *c. l. num. 195.* de morbo in ipso actu testandi vel fideicommittendi superueniente explicare: quia verba, si ratio manifesta restrictionem non vrgeat, simpliciter accipienda sunt. Hinc STRYCK *de iure sensuum Diss. IV. n. 34. c. 3. p. m. 248.* *Perinde*, inquit, *se res habet in illo, cui in actu testandi violentia morbi loquela adimitur, quam in illo, qui ante aliquot annos loquelam amisit, vterque enim fari potuit; sed vbi fideicommissum relinquendum, neuter potest: Potest tamen vterque ex aequo sensa mentis nutu declarare; & forte rectius is poterit, qui iam diu loquela priuatus fuit, quam qui subitaneo morbo impeditur: in hoc enim vix salua deliberandi facultas adesse poterit, cum illum reuera agonizantem aestimemus, cui moribundo vox plane deficit.* Vt taceamus, quod C. I. A. *tit. de leg. §. 31. n. 2.* verba *in l. 21.* ad quae dissentientes prouocant: *qui loqui potest &c.* videatur explicare, quod idem denotent, ac si dictum fuisset, qui interroganti: *an hoc vel illud Titio relinquat?* nutu *annuit*, cum aliis ad quos ibidem prouocatur.

§. XIV.

Ad legem 10. C. qui testam. fac. poss. responsio.

Quod vero pertinet *ad l. 10. C. qui testam. fac. poss.* quam vt obstantem & derogatoriam obiiciunt, respondetur: Satis conuenienter hoc adstrui non posse, iuxta vulgatum illud: *legem posteriorem stricte interpretandam esse.*

esse. Cuilibet autem euoluenti & inspicienti *legem cit. 10.* facile etiam patebit, hanc legem correctoriam specialiter loqui de testamento, & propterea ad illa fideicommissa, quae extra testamentum relinquuntur, non esse extendendam; accedit fauor vltimae voluntatis, cum semper laborandum, vt conseruetur potius vltima testatoris dispositio, quam vt corruat.

§. XV.

Ex dictis, vt opinamur, satis adparet, neutiquam cum DAV. T H. *c. l. §. 194.* statuendum esse, *legi 21. cit.* per legem *10.* allegatam derogari, sed sufficere omnino *dicta l. Nutu 21.* quod testator loqui potuerit, vel morbo impeditus, adhuc interrogata *nutu* significare possit, quae opinio non parum roboris accipit *ex l. 65. §. 3. ad SCtum Trebell.* ille itaque, qui natura fari non potest *cit. leg. 21.* saltem excluditur *v.* BRVNNEM. *ad d. l.* Quia igitur *neque in l. 21. neque 65. §. 3.* hic adductis, praecedentis iussionis, intuitu testium, fit mentio, concludendum esse putamus *ex l. 22. C. de fideicomm.* Fideicommissa & legata praesentibus testibus, etiam absque praecedenti iussione testatoris *nutu*, recte relinqui. Id quod praeprimis quoad legata pia dubio caret, quae *nutu & signis* indistincte relinquuntur. BRVNNEM. *c. l. n. 3.*

Non derogatur legi 21. de leg. 3 per l. 10. C. qui testam. fac. poss.

§. XVI.

Fideicommissum autem *siue* in codicillis, *siue* in epistola, *siue* ab intestato, *nutu solo* relinquatur, quinque

Fideicommissum regulariter 5. testes requirit.

que requirit testes regulariter *a. l. f. §. f. C. de codicill.*
Exceptio. excipitur casus, vbi in testamento etiam pauciores admittuntur *v. g.* tempore pestis, *a. Dec. El. 46.* Imo, si electa sit *vel* haeredis, *vel* fideicommissarii, *vel* legatarii fides in specie, plane sine vllis testibus recte relinquitur fideicommissum *v. §. f. I. de fideicomm. haered. l. f. C. de fideicomm. conf.* BOEHMER. *de codicillis absque testibus validis. Hal. 1707.* Hoc enim casu, is cuius fidei aliquid commissum, (*praestito prius a fideicommissario iuramento calumniae*) *vel* se iurisiurandi praestatione liberare, *vel* fideicommissum praestare tenetur, *d. l. fin.* Oneratus autem tantum iurare cogitur, non vero huius haeres, vti pronunciauit *F. I. L. Mens. April. 1712.* Rationes pro vtraque sententia vide *in Dni* PRAESIDIS Dissertatione: *De vsu practico & aequitate legis vlt. C. de fideicomm. Lips. 1727. habita. §. 27. 28. 29.*

§. XVII.

An fideicommissum coram paucioribus, quam quinque vel sine testibus, nutu relictum, valeat, ita vt ex L. vlt. C. de fideicomm. agi queat? Adfirmatur.

An vero fideicommissum coram paucioribus quam quinque testibus, *nutu* relictum, pro valido sit habendum, ita, vt fideicommissario *ex dict. l. vlt.* agere sit integrum, & propter *nutum* fiduciario iuramentum deferre possit? prima facie negandum videtur, cum vix *solo nutu* illud exprimere posse quis praesumendus, quo alter iusiurandum subire teneatur, & periculosum sit super causa dubia conscientiam alicuius tangere. Quicquid vero sit, affirmatiua sententia verior censenda, quia, licet verba deficiant, ex coniectura tamen voluntatis fideicommissum suppleri potest, *v. l. 30. de leg. 2. L. 77.*

L. 77. §. 22. cum imperfecta, eod. sola quippe voluntas spectatur in fideicommissis, etiamsi ex verbis commode concipi haud possit, dum tamen ex coniecturis colligatur. *v. l. 15. C. de fideicomm. L. 67. §. pen. & vlt. de leg. 2.* CARPZ. *P. 3. Const. 7. Def. 8. n. 9. sqq.*

§. XVIII.

Responsum Dnn. Scabinorum Lipsiensium.

Egregie hanc thesin illustrat *Incluti Scabinatus Lipsiens. Mense Dec. 1688.* versus *Zittauiam*, ad interrogationem *Christiani Tierburgi*, exaratum responsum, quod propterea etiam verbotenus hic adiicere non dubitauimus. Est autem huius tenoris:

Facti species.

Ist eurem Eheweibe, kurtz vor ihrem, abgewichenen Monat *Nouembr.* erfolgten Todes-Fall, durch einen Schlagfluß die Sprache benommen worden; Nachdem sie nun in Gegenwart ihrer Kinder und derer Curatoren, von ihrer Stieff-Tochter, ob sie euch von ihrem Vermögen etwas vermachen wolle? befraget worden, mit dem Kopffe genicket, und den Mund aufgethan, auch auf ferner Befragen: Ob ihr soltet 2. oder 1. Theil haben, mit dem Kopffe geschüttelt. Auf die Frage hingegen: Ob ihr soltet die Helffte geben? den Kopff aufgehoben, und nochmals darmit genicket, auch dem Vormund die Hand geboten.

So wollet ihr, ob nicht solches pro fideicommisso zu achten, und ihr die Helffte von ihrer Verlassenschafft, von ihren Kindern erster Ehe zu suchen befugt?

Rationes dubitandi pro negatiua.

Ob nun wol zur Beständigkeit eines letzten Willens, insonderheit, daß von des Disponentis Meynung gantz

gantz gewiß sey, erfordert wird, solche Gewißheit hingegen, bey einem, der nicht reden kan, in denen dispositionibus nuncupatiuis zu ermangeln scheinet, und zwar vornemlich bey denen Personen, so kurtz vor ihrem Tode durch eine Kranckheit die Sprache verlohren, als von welcher man durch äusserliche Zeichen, nicht so leicht ihre Meynung und Willen abnehmen kan, als von denen, so mit dergleichen Vitio lange Zeit behafftet, und vermittelst vielfältiger Ubung durch Regung der Lippen, Wincken, oder sonst ihre Gedancken an den Tag zu legen, erlernet; Immassen auch die Verordnungen eines letzten Willen, auf vorhergehende Befragung einer gewissen Person, und darauf erfolgte Antwort, oder sonst andere äusserliche Zeichen, durch Wincken oder Kopff-Nicken, nur sodann vor beständig gehalten werden, wenn die Person, so die Frage vorträget, auf **keinerley** Weise interessiret, oder verdächtig, der Disponens auch vorhero mit selbiger darinnen communiciret, und man also zuvor, daß er einen letzten Willen machen wollen, gewiß sey, und nicht die Befragung ex abrupto geschehen. Im übrigen bey eures Weibes Disposition gnug Zeugen nicht vorhanden gewesen.

Rationes decidendi pro affirmatiua.

Da aber dergestalt euren Berichte nach, euer Eheweib das Gehör nicht zugleich verlohren, sondern was mit ihr geredet worden, wohl vernehmen können, auch bey vollkommenen Gebrauch ihres Verstandes geblieben, und aus denen von euch angeführten unterschiedlichen Bezeigungen durch Schütteln, sowol mit Nickung des Kopffs, die Person, so sie gefraget, nicht etwa eure leibliche Tochter, und also nicht verdächtig, die beyden Vormünde auch zu dem Ende, daß sie ihren letzten Willen

sen mit anhören sollen, erfodert worden, diesemnach, daß sie dergleichen zu machen des Sinnes gewesen, man versichert ist, eine ziemliche Gewißheit ihres Willens abzunehmen; zumalen, da eurem Anziehen nach, sie bey gesunden Tagen öffters gegen ihre Kinder, daß sie euch die Helffte ihres Vermögens zuwenden wolle, erwehnet; dahero dißfalls dergleichen Umstände, da sonsten sowol die legata, als fideicommissa, nutu verlassen werden können, vorhanden. Im übrigen eures Weibes Kinder und Erben zugegen gewesen, und was bey Verordnung des euch gethanen Vermächtnisses vorgegangen, mit angehöret und angesehen, dieselbe auch alle annos pubertatis überschritten, also *vi legis fin. C. de fideicomm.* der Zeugen Mangel der Disposition nicht hinderlich; nach mehrerm Inhalt eurer Frage. So möchte das euch beschiedene Vermächtniß, wenn obige Umstände richtig, wohl bestehen, und ihr nach Anleitung angezogenen *L. fin. C. de fideicomm.* wieder eure Stieff-Kinder diesfalls wohl klagen. Es wäre denn, daß nach denen Zittauischen Statuten kein letzter Wille anderer Gestalt gültig, als wenn er vor Richter und Schöppen aufgerichtet worden, auf den Fall möchtet ihr das beschiedene Fideicommissum mit Bestande nicht fordern, euch auch, daß ex facto des Vormundes, ihr an Erforderung der Gerichts-Personen gehindert worden, nicht behelffen noch zu statten kommen.

Decisio.

Limitatio.

§. XIX.

Sicuti autem pro confirmanda sententia nostra: *fideicommissum* nutu *relinqui posse*, optima sane ratione hoc

Monetur dubium circa Statutum Zittauiense.

hoc adduximus responsum; ita, vt ingenue fateamur, circa ea, quae intuitu statuti ibidem in fine adseruntur, haesitavimus paulisper, vt non possimus, quin pauca, ob connexionem materiae propositae, de Statuto *Zittauiensi* adferamus.

§. XX.

Sit igitur ita, iuxta *Statutum Zittauiense* testamenta non valere, nisi praescitu Senatus & in præsentiâ duorum Scabinorum sint condita: (*vti etiam testatur Statutorum Zittauiensium extractus, quem §. 22. sub Lit. A. adiiciemus.*) Quaeritur autem, an non obstante tali statuto, fideicommissum *ex L. vlt. C. de fideicomm.* peti possit? Negant hoc *laudati Domini Scabini* in Responso adducto; Pace tamen tantorum Virorum, de quorum scientia legitima, non tantum in vrbe sed orbe eruditis constat, non, quod procul absit, studio contradicendi, sed amore veritatis, nobis contraria arridet sententia. Licet enim concedamus eiusmodi statutum a Iure communi deflectens pro lege loci seruandum, & ipsi iuri communi praeferendum; vbi enim verba statuti clara & aperta sunt, vt de mente *statuentium* nullum suboriri queat dubium, ibi etiam praecise statuti verbis inhaerendum, *a. l. 21. de testam. milit.* eaque, quamuis dura sint, strictissime obseruanda, *a. l. 12. §. 1. qui & a quib. man.* cum ICtus statuto clementior esse nequeat, quia in iure nostro receptum, quod generi per speciem derogetur, *a. l. 80. de R. I.* nec enim a Iure communi statutum interpretationem passi-

Statutum a Iure communi recedens pro loci lege habetur.

uam

uam recipere poteſt, a cuius diſpoſitione *ſtatuentes* expreſſe recedere voluerunt.

§. XXI.

Hiſce tamen omnibus non obſtantibus, praeferendam eſſe putamus contrariam, quam nos amplexi ſumus, opinionem: *Legatum vel fideicommiſſum omnino peti poſſe ex d. l. vlt. C. de fideicomm. etiamſi iuxta ſtatutum teſtamenta iudicialiter fieri debeant,* his potiſſimum moti rationibus: quoniam ſtatutum ſtrictiſſimae eſt interpretationis, in tantum, vt nec de perſona ad perſonam, nec de re ad rem, nec de caſu ad caſum extendendum, nec vllo vnquam tempore ad conſequentiam trahendum, *a. l. 14. de LL. c. 28. de R. I. in 6.* ex quibus inferimus: *Statutum Zittauienſe, quod vult, vt omnia teſtamenta, praeſcitu Senatus & in praeſentia duorum Scabinorum, fieri debeant,* ad caſum *legis vlt. C. de fideicomm.* non eſſe extendendum, *v.* DECIVS, *conſ. 19. n. 13.* vbi dicit: *Statuta correctoria iuris communis non poſſe extendi vltra caſum in quo loquuntur, nec ex identitate rationis,* BART. *in l. omnes populi de iuſt. & iur. n. 60. & in authent. quas act. n. 9. C. de SS. Eccl.* quicquid igitur in ſtatutis expreſſum non eſt, illud pro omiſſo habetur, *a. l. 99. ibique DD. de V. O.* & *textu notab. in l. 64. §. 9. ſol. matr.* tantum enim ſaltem diſponit, quantum loquitur, & quod Statutum non dicit, nec a nobis dicendum eſt, COTHM. Stricte tamen interpretandum.

C 2 *Vol. 3.*

Vol. 3. Resp. 45. n. 57. & 68. MEVIUS *P. V. Dec. 1. n. 2.* quem in modum, *in casu legis nostrae ultimae Ordo Vitemb. Mens. Septembr. 1706.* a Senatu Zittauiensi consultus, *in causa* Hannß Döhlers, in väterlicher Gewalt seiner 4. unmündigen Kinder, und Consorten, *contra* Elisabeth Döhlern respondit, *referente de* WERNHER. *P. I. O. 324. p. 610.*

§. XXII.

Extractus statuti, cuius §. *20.* mentionem fecimus, ex capite: Von Testament zu machen, vti nobis statuta ipsa in MSéto sunt communieata, est subsequens:

A.

Und ob es wol in eines ieden Menschen freyen Willen stehet, Testament und letzten Willen zu machen, und auch zu wiederruffen und zu verändern, wenn, und wie offt es ihm gefällig; So soll dennoch derselbige Mensch, der also sein Testament und letzten Willen bey gesunden Leibe, oder im Siech-Bette, machen will, solches thun bey guter Vernunfft, mit wohlbedachten Gemüthe, und mit Vorwissen E. E. Raths, in Gegenwärtigkeit zweyer oder mehr hierzu von E. E. Rathe, oder denen Gerichten erforderten Personen. Und erstlich bedencken, daß ein ieder vornemlich verpflichtet und schuldig

schuldig ist, GOttes Lob und Ehre, auch gemeinen Nutzen zu mehren und zu fördern.

§. XXIII.

Quem adduximus casus de statuto Zittauiensi, alium gignit de priuilegio quo gaudet Civitas Patria. Nimirum Rex VLADISLAVS *Gorlicensibus* speciale indulsit priuilegium, (*quod in fine Dissertationis sub Lit. B. a nobis adiectum,*) vi cuius testamenta & vltimae voluntates, nisi iudicialiter factae sint, inualidae declarantur. Concordare cum dicto priuilegio etiam videntur Statuta Gorlicensium *Artic. XLVII.* **vom Testamenten.** Ne itaque mihi Gorlicensi, quod olim SERVIO ICto, contingat, *turpe sc. esse patricio & causas oranti, ius in quo versatur, ignorare, v. l. 2. §. 43. ff. de O. I.* casum circa Priuilegium prolatum in medium proferre lubet.

Adducitur Priuilegium Vladislai Gorlicensibus concessum.

§. XXIV.

Indubitati sc. iuris est apud Gorlicenses testamenta omnia iudicialiter fieri debere. An vero priuilegium, quo de loquimur, ad eum quoque casum, vbi testator iuxta dispositionem *legis vltimae C. de fideicomm.* aliquid relinquit, extendendum veniat? controuersum esse, scimus. Prima facie aiens sententia verior videtur, quia

An dictum priuilegium etiam ad l. vlt. C. de fideicom. pertineat?

 1) dictum

Rationes pro affirmatiua.
1.) 1) dictum priuilegium, quo fraudibus & dolis, periculisque animarum obuietur, futurae lites, rixae & controuersiae & errores praescindantur,
2.) 2) maturo consilio & deliberatione praehabita, ac ex certa scientia (*vti verba ipsius sonant*) datum est, &
3.) 3) de quibuscunque testamentis, codicillis, vel qualibet vltima voluntate, conceptis verbis loquitur. Nunc autem
4.) 4) Principum priuilegia sunt legis instar. *v. l. 5. de testib. l. 2. C. de LL. l. 1. de const. Princ.* priuati vero ne leges in testamentis suis valeant, efficere non possunt, cum per pacta priuatorum iuri publico derogari nequeat, *v. l. 38. ff. de pact.*
5.) accedit quod 5) priuilegium ex eo dicatur, quia legem generalem ciuilem priuat, & quoniam priuilegium a Principe concessum derogat legi generali, & tollit etiam Statutum ciuitatis, *v. l. 3. in f. C. de LL.* Et ita in Academia IVLIA *Mens. Febr. 1640.* pronunciatum, meminit RICHTER. *P. I. Dec. 4. n. 10.* quae notatio tamen a multis mirum in modum taxatur, vti recte, nostro iudicio, animaduertit STRYCK, *de priuilegiorum interpretatione, Cap. I. n. 9.*
6.) 6) priuatis plane integrum non videtur priuilegia Principum interpretari, sed vbi dubius horum intellectus deprehenditur, *vel* ad ipsum priuilegium concedentem, *vel* successorem illius recurrendum, *a. l. 11. de LL. l. 191. de R. I. c. 12. X. de iudic. i. Carpz. P. II. C. 6. def. 8. n. 3. seqq. & in iurispr. Consist. L. II. T. 25. def. 416. n. 10. & 12.*

§. XXV.

§. XXV.

Pro negatiua tamen sententia adducitur, quia 1) legum correctio vitanda, *v. Nou. 89. c. 7. & l. 32. in f. C. de appellat. l. minime, de LL.* 2) Lex posterior generaliter loquens, ad casum specialem regulariter extendi non debet, *v. l. 3. C. de silentiar.* ibique BRVNNEM. *n. 5.*) casus autem *l. f. C. de fideicomm.* omnino est singularis atque specialis; 5) fauor vltimarum voluntatum in iure est maximus, (*v. §. 1*) & 4) priuilegiorum concedens *SAEPE* ex voluntate, *SAEPIVS* ex honestate, & *SAEPISSIME* ex necessitate, ab interpretatione priuilegiorum a semetipso vel Antecessoribus concessorum abstinet, eamque ICtorum seu Prudentum relinquit arbitrio, vti late hoc deducit STRYCK. *cit. differt. C. II. n. 8. seqq.* 5) in legum explicatione primo ad vsualem interpretationem, quae omnium optima dicitur, hacque deficiente ad doctrinalem, & vltimo demum ad authenticam recurrendum esse, apparet ex *l. 32. pr. de LL.* Authentica quippe interpretatio tunc saltem sibi vindicat locum, cum Priuilegiantis mens nequaquam ex verbis priuilegii inuestigari possit, *v. l. 9. C. de LL.* RAVCHBAR. *P. II. qu. 11. n. 142.* quem sequitur CARPZOV. *P. II. C. 6. d. 8. n. 4.* denique 6) verba priuilegii strictissime sunt accipienda, ita scil. vt quantum fieri potest, iuri communi minus derogent.

v. l. 12.

Rationes pro negatiua.
1.)
2.)
3.)
4.)
5.)
6.)

v. l. 12. §. 1. de munerib. & honor. i. PHILIPP. *ad Dec. El. V. obs 5. n. 25.* Concludimus ergo ex his similibusque rationibus dispositioni *legis fin. C. de fideicomm.* per priuilegium VLADISLAI derogatum non esse, sed, hoc non obstante, praxin *dictae legis* apud *Gorlicenses* adhuc hodie obseruari. Hunc in modum etiam iudicarunt *Dni. Scabini Lipsienses* versus Gorlicium *Mense Dec. 1701.*

Responsum pro negatiua.

§. XXVI.

Plura de hacce vtilissima materia facili quidem negotio adducere potuissem, cum vero partim temporis angustia prohibeat, partim etiam Academicae dissertationis limites excedere nolui, filum abrumpo, adiiciendo saltem Priuilegium VLADISLAI, cuius §. 23. mentionem fecimus. Supremo autem Numini immortales, quas possum, nuncupo grates pro concessa studiorum meorum directione clementissima, cui & imposterum omnes meos conatus commendo humillime, quo cedant in Nominis Diuini gloriam & proximi emolumentum, quorsum etiam laborum meorum collimat vnicus

F I N I S.

B. Regis

B.

Regis WLADISLAI Priuilegium de confectione testamentorum Gorlicensibus datum, de Anno 1496.

WLADISLAVS Dei gratia Rex &c. &c. memoriae commendamus, quibus expedit vniuersis. Quia intelleximus ciues, incolas & habitatores oppidi nostri Görlitz in infirmitate constitutos, ac etiam alios per nonnullas personas, plerumque ni sine fraude & dolo ac frustra circumuentione hactenus ad testandum adductos esse, ac etiam aliquando adhuc induci, debitis solennitatibus inibi minime adhibitis, in haeredum ac alias legitime succedentium haud modicum praeiudicium, ita etiam, vt ipsae ecclesiasticae ac aliae personae se aliquando in executores Testamentorum siue vltimarum voluntatum deputari procurent, in executionis Testamentorum seu vltimarum huiusmodi voluntatum occultationem, intermissionem plerumque seu protelationem. Vnde saepius variae lites, rixae ac controuersiae subortae sunt & suboriri formidantur, in graue damnum & iacturam Reipublicae ibidem. Nos igitur fraudibus & do-

lis huiusmodi periculisque animarum obuiare, futurasque lites, rixas & controuersias & errores praescindere volentes, supplicationibusque humilibus dictorum ciuium, incolarum & inhabitatorum inclinati, ipsis quoque ciuibus, incolis & inhabitatoribus de competenti remedio prouidere cupientes, hoc priuilegio perpetuis futuris temporibus valituro, autoritate nostra Regia Regni Bohemiae decernimus, statuimus & ordinamus, maturo consilio & deliberatione praehabita, ac ex certa nostra scientia. Quod in quibuscunque Testamentis, Codicillis, vel qualibet vltima voluntate seu donatione, etiam aliis aut relictis, aut legatis, quibuscunque etiam ad pias causas per ciues, incolas, habitatores dicti oppidi siue sanos, siue in infirmitate constitutos, nunc & pro tempore fiendis & ordinandis, ad minus duo iurati ex Consulibus dicti oppidi, nec non ipsorum Consulum scriba, seu Notarius etiam iuratus ad hoc rogati, in maius robur & firmitatem permissorum interesse debeant & teneantur. Alioquin Testamenta, Codicilli, vltimae voluntates, institutiones haeredum seu substitutiones vulgares siue pupillares, donationes seu legata quaecunque alia, per quoscunque in dicto oppido ordinatae

tae & institutae, nullius penitus sint roboris vel momenti. Indulgemus etiam dictis ciuibus, incolis, inhabitatoribus, quod si praesumeretur aliquem testari volentem contagioso morbo laborare, quod ex tunc Pro-Consul dicti oppidi pro tempore existens, possit & valeat duos fide dignos ciues deputare, vt testamento sic aegrotantis intersint, ipsum audiant & acceptent, veramque relationem de testamento ipso ad consulatum, sub iuramento Nobis & Consulatui dicti oppidi praestito, fideliter faciant, habeatque Testamentum huiusmodi sic conditum & ordinatum idem robur, eandemque vim & firmitatem, quod & quamuis, vt praemittitur, coram duobus de Consulatu & Notario dicti oppidi factum fuisset, haberet & habere possit. Volentes autem Testamentum seu vltimas voluntates suas coram Iudice nostro ac Scabinis in iudicio ibidem congregatis, maiorem solennitatem adhibendo, facere & ordinare testamentum seu vltimam huiusmodi voluntatem faciendi & ordinandi liberam habeant facultatem per praesentes. Volumus etiam, vt Pro-Consuli dicti oppidi cum adiunctis sibi Consulibus diligenter respiciant, &, quantum possunt, conentur, atque sollicitent, vt testamenta huiusmodi & vl-

timae voluntates suae, vt praemittitur, ordinatae & factae, debitae executioni demandentur. Nolumus tamen Clericis, aut aliis personis ecclesiasticis in suis testamentis vel aliis vltimis voluntatibus condendis siue ordinandis per praesentes in aliquo derogari. Etiam nolumus neque intendimus per huiusmodi nostras literas statutis & aliis literis ac priuilegiis dicti oppidi per Nos aut Antecessores nostros derogari. &c.



Nobilis-

NOBILISSIMO AC CLARISSIMO
DOMINO
ADAMO CHRISTLIEB SCHOENIO
RESPONDENTI SVO
PRAESES.

QVae parentibus ex bene educatis liberis oritur voluptas, eam ex discipulis industriis doctrinaeque capacibus percipiunt, aliis erudiendis operam suam impendentes. Delectat auditor indefessus & alacer, cum nostra adhuc vtitur institutione eiusque diligentiam intueri licet nobis praesentibus; magis vero adhuc delectat, vbi videmus eundem, quae ex nobis didicit in Reipublicae commodum conuertentem. Et haec quidem voluptas est omnia laborum taedia compensans, quam ex *Te* etiam, NOBILISSIME DOMINE SCHOEN, percipio. Ex quo ingressus es Academiam, vltra quadriennium effluxit, & per hoc tempus lectioni-

bus

bus meis, Theoreticis & Practicis interfuisti talis semper, quales esse solent docentibus laetitiam creaturi. Iam, publicum profectuum specimen cum animo constitueris edere, de illo laetor maximopere, quod me ducem huc vsque studiorum *Tuorum*, adiutorem nunc elegeris. Sic participem veluti me reddis fructuum, quos semina scientiae ferunt *Tibi* primum a me tradita. Sed largior adhuc messis *Tibi* exspectanda est. Conferet patria reduci industriae praemia. Haec laeta, filium recipiet literis tam probe excultum, tam aptum bono publico promouendo, haec demum merita *Tua* digne remunerabitur. Quos industriae *Tuae* fructus, si mox *Te* percipere audiuero, id gratiorem adhuc reddet *Tui* memoriam, cum iam ceteroquin inter illos auditorum meorum sis, quorum nunquam sine voluptate recordor. Vale, & quod huc vsque semper fecisti, me amare perge.

Scrib. Lipsiae e Musaeo, *Mense Iun.* A. R. S.

MDCCXXXVII.

